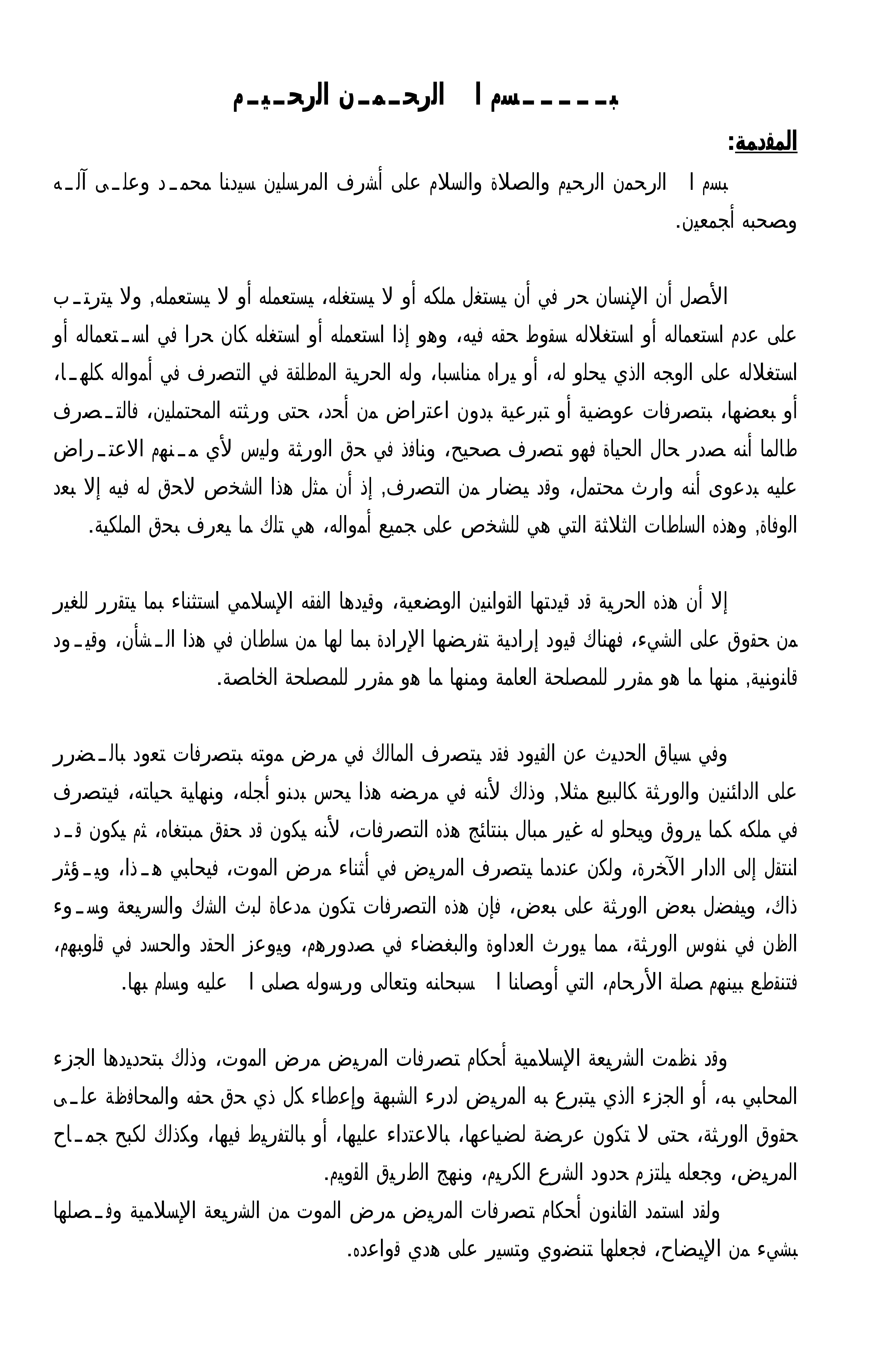


بسم ا الرحمن الرحيم

المقدمة:

بسم ا الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الأصل أن الإنسان حر في أن يستغل ملكه أو لا يستغله، يستعمله أو لا يستعمله, ولا يترتب على عدم استعماله أو استغلاله سقوط حقه فيه، وهو إذا استعمله أو استغله كان حرا في استعماله أو استغلاله على الوجه الذي يحلو له، أو يراه مناسبا، وله الحرية المطلقة في التصرف في أمواله كلها، أو بعضها، بتصرفات عوضية أو تبرعية بدون اعتراض من أحد، حتى ورثته المحتملين، فالتصرف طالما أنه صدر حال الحياة فهو تصرف صحيح، ونافذ في حق الورثة وليس لأي منهم الاعتراض عليه بدعوى أنه وارث محتمل، وقد يضار من التصرف, إذ أن مثل هذا الشخص لاحق له فيه إلا بعد الوفاة, وهذه السلطات الثلاثة التي هي للشخص على جميع أمواله، هي تلك ما يعرف بحق الملكية.

إلا أن هذه الحرية قد قيدتها القوانين الوضعية، وقيدها الفقه الإسلامي استثناء بما يتقرر للغير من حقوق على الشيء، فهناك قيود إرادية تفرضها الإرادة بما لها من سلطان في هذا الشأن، وقيود قانونية, منها ما هو مقرر للمصلحة العامة ومنها ما هو مقرر للمصلحة الخاصة.

وفي سياق الحديث عن القيود فقد يتصرف المالك في مرض موته بتصرفات تعود بالضرر على الدائنين والورثة كالبيع مثلا, وذلك لأنه في مرضه هذا يحس بدنو أجله، ونهاية حياته، فيتصرف في ملكه كما يروق ويحلو له غير مبال بنتائج هذه التصرفات، لأنه يكون قد حقق مبتغاه، ثم يكون قد انتقل إلى الدار الآخرة، ولكن عندما يتصرف المريض في أثناء مرض الموت، فيحابي هذا، ويؤثر ذاك، ويفضل بعض الورثة على بعض، فإن هذه التصرفات تكون مدعاة لبث الشك والسريعة وسوء الظن في نفوس الورثة، مما يورث العداوة والبغضاء في صدورهم، ويوعز الحقد والحسد في قلوبهم، فتنقطع بينهم صلة الأرحام، التي أوصانا ا سبحانه وتعالى ورسوله صلى ا عليه وسلم بها.

وقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام تصرفات المريض مرض الموت، وذلك بتحديدها الجزء المحابى به، أو الجزء الذي يتبرع به المريض لدرء الشبهة وإعطاء كل ذي حق حقه والمحافظة على حقوق الورثة، حتى لا تكون عرضة لضياعها، بالاعتداء عليها، أو بالتفريط فيها، وكذلك لكبح جماح المريض، وجعله يلتزم حدود الشرع الكريم، ونهج الطريق القويم.

ولقد استمد القانون أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية وفصلها بشيء من الإيضاح، فجعلها تنضوي وتسير على هدي قواعده.

وعليه فلا يمكن الحديث عن أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون الوضعي دون التعرض إليها في الشريعة الإسلامية لأنها الأصل الذي استمدت منه أحكام وقواعد تصرفات المريض مرض الموت.

إلا أن التساؤلات التي تبقى مطروحة قبل تطرقنا إلى هذا الموضوع هي:ما هو مفهوم هذا المرض؟ و هل له تأثير على أهلية المريض؟ و بالمقابل على تصرفاته المبرمة, أي ما حكم التصرفات التي يبرمها المريض في خلال مرضه هذا؟

هذا كله مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني, والتي سوف نحاول الإجابة عنها من خلال التطرق إلى هذا الموضوع وفق الخطة المقترحة التالية:

الفصل الأول: مرض الموت و دلالاته ومدى تأثيره على أهلية المريض

المبحث الأول:مفهوم مرض الموت و دلالاته

المطلب الأول: تعريف مرض الموت فقها و قضاءا

المطلب الثاني: الملحقون بالمريض مرض الموت

المطلب الثالث: إثبات مرض الموت

المبحث الثاني:مدى تأثير مرض الموت على أهلية المريض

المطلب الأول:أهلية المريض في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني:أهلية المريض في القانون

الفصل الثاني:حكم تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني و الشريعة الإسلامية

المبحث الأول:بيع المريض مرض الموت ووصيته في القانون المدني

المطلب الأول:بيع المريض مرض الموت لوارث

المطلب الثاني: بيع المريض مرض الموت لغير وارث

المطلب الثالث: وصية المريض مرض الموت

المبحث الثاني:تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: تصرفات المريض مرض الموت النافذة

المطلب الثاني: تصرفات المريض مرض الموت الغير نافذة

ما توفيقي إلا با عليه توكلت و إليه أنيب

الفصل الأول: مرض الموت
ودلالاته ومدى تأثيره على أهلية المريض

يراد بالمرض الذي هو من عوارض الأهلية, فيؤثر في تصرفات المريض, ويغيـر بعـض أحكام الأهلية الكاملة ـ مرض الموت ـ وقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت اختلافا كبيـرا, وسنعرض في هذا الفصل لمفهوم مرض الموت ودلالاته و ذلك في مبحث أول وإلى مدى تأثير هـذا المرض على أهلية المريض في مبحث ثاني.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت ودلالاته

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف مرض الموت، ولهذا كان لزاما الرجوع إلـى أحكـام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرسمي الثاني في القانون طبقا لنص المادة الأولى من القـانون المدني الجزائري.

وعند الرجوع إليها نعثر على العديد من التعريفات والتي تختلف ضيقا واتساعا حسب القناعة الشخصية والرؤية الخاصة لكل فقيه.

كذلك وضع فقهاء القانون المدني المعاصر عدة تعريفات له، وهي في جملتها لا تختلف عـن تلك التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية من قبلهم.

وتجدر الإشارة أيضا أن القضاء لم يقف موقفا سلبيا، بل اجتهد هو الآخر في وضع تعريـف له رغم قلة اجتهاده في هذه المسائل في القضاء الجزائري.

كما أنه لصاحب المصلحة الذي يطعن في التصرف بصدوره في مرض الموت,أن يثبت واقعة المرض.

وعليه سنتطرق أولا لتعريف مرض الموت فقها وقضاءا في مطلب أول ومن هم الملحقون به في مطلب ثاني وكيفية إثبات هذا المرض ممن له مصلحة في إبطال التصرفات الصادرة في خلاله في مطلب ثالث.

المطلب الأول:تعريف مرض الموت فقها وقضاءا

I – مفهوم مرض الموت فقها:

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية مرض الموت بأنه المرض الذي يعجز صاحبه عـن القيـام بمصالحه خارج البيت إن كان من الذكور وداخله إن كان من الإناث، ويكـون الغالـب فيـه مـوت المريض[1].

ويعرفه البعض الآخر بأنه المرض الذي يكون فيه المريض في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وإن يتصل الموت به، سواءا كان الموت بسببه أو نتيجة سبب آخر.

---

[1] أنور سلطان – العقود المسماة شرح البيع والمقايضة – دار نشر الثقافة مصر الطبعة الثانية سنة 1952 ص 437

ويوجز البعض تعريف مرض الموت بأنه المرض الذي يتصل به الموت مع غلبـة الهـلاك فيه[2].

ويعرفه البعض الآخر بأنه المرض الذي يتحقق فيه أمران، أحدهما أ يكون مرضا من شـأنه أن يحدث الموت غالبا, وثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به[3].

كما يرى البعض الآخر بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الـشخص عـن القيـام بمصالحه ويتصل الموت به فعلا ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر, كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض[4].

وعرفه البعض بأنه المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن مباشـرة مصالحه المألوفة التي يقوم بها الأصحاء عادة ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، أما إذا مـضت عليه سنة ولم تتحقق الوفاة وبقي على حال واحدة فلا يعتبر مريض مرض الموت، ولكن إذا ظهـرت مضاعفات يغلب معها هلاك المريض واتصلت هذه المضاعفات بالموت فعلا فيعتبر المرض مـرض موت[5].

وعرفه البعض الآخر بأنه المرض الشديد الذي يغلب على الضن مـوت صـاحبه عرفـا أو بتقدير الأطباء, ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفا لدى الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض الموت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت, فيجتمع فيه تحقيق العجز وغلبه الهلاك واتصال الموت به[6].

ومن خلال هذه التعريفات يتضح لنا أن مرض الموت المعتبر **شرعا** هو ذلك المرض الـذي يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة وهي:

---

[2] د. زهد ور محمد – الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية – المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر سنة 1991 ص 38

[3] الإمام محمد أبو زهرة – أحكام التركات والمواريث – دار الفكر العربي – القاهرة 1987 ص 7

[4] د. محمد حسنين – عقد البيع في القانون المدني الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر الطبعة الرابعة 1994 ص 216

[5] محمد مصطفى شبلي- أحكام الوصايا والأوقاف بيروت -الدار الجامعية للطباعة والنشر بطبعة 1982 ص 350، 351

[6] أحمد عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الرابع - العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة- القاهرة دار النهضة العربية ص 390

1 – أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه:

ومفاد هذا الشرط لكي يعتبر المرض مرض موت يجب أن يعجز صاحبه عن قضاء حوائجه، غير أن الفقه اختلف في تحديد الأمارات والأوصاف التي تدل على توفر هذا الشرط، فمنهم من يقول أن يكون الشخص صاحب فراش وهو الذي لا يقوم بقضاء حوائجه في البيت كما يعتاده الأصحاء، ومنهم من يقول أن علامته أن لا يخطو الشخص ثلاث خطوات عن غير أن يستعين بغيره، ومنهم من يقول أن أمارته أن لا يقدر على الصلاة قائما، وآخر يقول أن يعجز الشخص عن الإشراف على مصالحه خارج الدار إذا كان ذكرا، وإن كان أنثى أن تعجز عن رؤية مصالحها داخل الدار[7].

أما البعض الآخر فيرى أن يكون الشخص عاجزا عن قضاء المألوف والعادي من مصالحه والتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، مثل الذهاب إلى السوق لقضاء المصالح وممارسة أعمال المهنة، غير أنه إذا كان المريض محترفا لعمل شاق لا يستطيع مباشرته إلا بكامل قواه وقد أصابه مرض يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال، فلا يكون في هذه الحالة مريض مرض الموت[8].

وعجز الشخص عن قضاء مصالحه لا يكون سببه دائما المرض، فقد يكون بسبب الشيخوخة، فهذا لا يكون مريضا مرض الموت, ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء، وذلك لأن الشيخوخة مرحلة طبيعية من مراحل حياة الإنسان[9].

2 – أن يغلب في المرض خوف الموت :

حيث يشترط حتى يعتبر المرض مرض موت أن يكون المرض خطيرا مما ينتهي عادة بالموت، أو يكون في بدايته بسيطا ثم يتطور حتى تصبح معه حالة المريض سئية يخشى عليه فيها الموت.

أما إذا لم يصل المرض إلى هذا الحد من الخطورة سواءا أكانت في بدايته أو في منتصفه أو في آخره فلا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، كأن يصاب شخص برمد العيون أو كسر في ساقه فيعجز عن المشي ولا يستطيع القيام بأعماله المألوفة, فهنا لا يعتبر المرض مرض موت، وعليه تأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصحيح.

ولكن الإشكال يثور في بعض الأمراض التي تؤدي إلى الموت لا محالة، غير أنها قد تطول فترتها، وعلى هذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية السمحاء قد فرقوا بين الأمراض المزمنة والأمراض الغير مزمنة، فهذه الأخيرة هي التي لا تستمر طويلا، كالطاعون والكوليرا، لأن من يمرض بها إما أن

---

[7] الإمام أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية – دار الفكر العربي – القاهرة ص 314

[8] أحمد عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 315

[9] أحمد عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 315

يبرأ أو يموت، فإذا تصرف المريض في خلالها وأعقب المرض الشفاء سرت عليه أحكام الأصحاء، والثانية هي التي تستمر طويلا كالسل والفالج، والرأي الراجح في شأنهما أنه إذا كان ما بالمريض من علة آخذا في الازدياد فهي مرض الموت، أما إذا قدمت ووقفت عند حد فهي مرض صحة[10].

وقد ذهب رأي في الفقه الإسلامي في تقديره للمدة التي يطول فيها المرض المزمن بسنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت، وإذا اشتد بعد ذلك حتى انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء السنة من اشتداده أعتبر في هذه الحالة أو في هذه الفترة مرض موت وأخذت تصرفاته فيها حكم تصرفات المريض.

3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا:

فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت ولكنه مع ذلك برئ منه، وكان قد تصرف في ماله أثناء مرضه، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء، ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعده عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله، كان تصرفه معتدا به حال حياته، فلا يجوز للورثة الاعتراض عليه مادام حيا, فإذا انتهى المرض بالموت سواءا بسبب المرض أو بسبب آخر كالموت حرقا أو غرقا يتبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس.

وإذا شفي المريض, تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة، ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث, بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت, ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف[11].

هذه هي الشروط الثلاثة التي يجب توافرها للقول بأن المرض هو مرض موت، وهذه الشروط تعتبر أمورا موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية مؤداها أنه مشرف على الموت لا محالة، ونظرا لكون أنه من العسير إطلاع الغير على هذه الحالة النفسية لكونها من الأمور الذاتية فقد اعتبر الفقه الإسلامي أنه بمجرد توافر هذه العلامات المادية نستطيع القول أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية أنه يشعر بدنو أجله, فيفترض في تصرفه أيا كان شكله إنما يوصي[12].

---

[10] أنور سلطان – المرجع السابق ص 328

[11] أحمد عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص 315

[12] سعيد عبد السلام – الوجيز في العقود المسماة - البيع والإيجار – مطبعة حمادة الحديثة مصر 1992 ص 316

II – مفهوم مرض الموت قضاءا:

لم يتطرق القضاء الجزائري في كثير من المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريفه عكـس نظيره المصري، ففيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت نجد القرار الـصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 جويلية 1984 يعرف في حيثياته مرض الموت و التي جاءت كما يلي:

"... يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحب مرض الموت وفي هذا الصدد فإن المعروف فقها واجتهادا أن المرض الذي يبطل التـصرف هـو المـرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت ويفقد به المتصرف وعيه وتمييزه ..."[13].

كما نجد قرار آخر صادر بتاريخ 23 نوفمبر 1993 ينص في حيثياته: "... وأن حالة المحبس (ع م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987 ..."[14].

كما نجد في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ18 أفريل 2001 ينص في حيثياته: "... بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليهم في الطعن تم يوم 1996/09/12 قبل وفـاة الواهبـة بشهر واحد وثلاثة وعشرون يوما عن عمر يناهز 90 عاما وهي في حالة مرض أنهك قواها وأقعدها وأثر على مداركها العقلية وأدى إلى وفاتها وتحققت بذلك علاقة السببية بين المرض والموت ..."[15].

غير أنه يؤخذ على التعريف المنصوص عنه في القرار الصادر بتـاريخ 9 جويليـة 1984 خروجه عن الإطار الذي رسمه علماء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من كونه لا يؤثر على أهليـة المريض وهذا ما ذهبت إليه محكمة مصر الابتدائية في حكمها الذي جاء نصه كالآتي: "مرض الموت المعتبر عند علماء الشرع هو الذي نخاف منه الموت، ولا يرجى برؤه سواء ألزم صاحبه الفـراش أم كان يخرج من بيته وسواء أطالت مدة المرض أم قصرت من غير نظر إلى اسـتيلائه علـى القـوى العقلية وعدمه، لأن الأمراض العضالة تؤثر من طبعها في العقل كمرض السل وغيره"[16].

---

[13] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 33719 بتاريخ 09 جويلية 1984 منشور بالمحلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث ص 51

[14] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 96675 بتاريخ 23 نوفمبر 1993 منشور بالمحلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص " أحوال بشخصية " ص 302

[15] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 260066 بتاريخ 18 أفريل 2001 "غير منشور"

[16] محمد كامل مرسي ـ الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية – القاهرة 1950

هذا وقد قررت محكمة الاستئناف المصرية أنه:" ليس من المهم أن يكون المـورث طـريح الفراش طول مدة مرضه أو أنه ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله أو أن يعجز عجزا تاما عن مباشرة أي عمل من أعماله العادية، فكثيرا ما يكون الإنسان مريضا بمرض ذاهب بحياته عاجلا ومع ذلك لا يلزم الفراش باستمرار ولاينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله، وعلى العكس فكثيرا مـا يصاب الإنسان بمرض يلزمه الفراش باستمرار ويحول بينه وبين مباشرة أي عمل من أعماله العاديـة ولا يكون مريضا مرض موت، فالعبرة بمرض الموت هي غلبة الهلاك, فإذا فاجأ الشخص وهو فـي مقتبل حياته مرض في القلب وأودى بحياته في مدة لا تتجاوز الشهرين بعـد أن اشـتد بمـضاعفاته الخطرة أعتبر مريضا مرض موت وبطل تصرفه ".

وتعرف محكمة النقض المصرية مرض الموت في حكمها الصادر فـي 07 جـانفي 1976 بأنه: " المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقدير الأطبـاء ويلازمـه ذلـك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفا عند الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته أو اعتباره مرض موت هو أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقة خـارج البيـت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصل الموت به"[17].

ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضي الذي ينظر في أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره في حال المرض في البحث عن الأمارات والشواهد التي تدل على حال المريض النفسية، ليعلم أهـي حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها؟ أم هي حال اطمئنان وقرار نفـس، ورجـاء فـي الحياة، وأمل فيها قد استغرق النفس واستولى عليها، لأنه إذا جعل القاضي كل عنايتة في تعرف ذلـك فقد سار على سمة الفقه وروحه ولبه ومعناه في مرض الموت، إذ المناط في تقييد تصرفات المـريض مرض الموت هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة.

ومما تقدم يتضح لنا أن الأساس في تحديد مرض الموت هو أن يجتمع أمران:

1)أن يكون مرضا مخوفا يغلب فيه الهلاك.

2)أن يتصل هذا المرض بالموت فعلا بحيث لا يبرأ ثم يمرض مرة أخرى ثم يموت.

ولا عبرة بأن يكون المرض هو سبب الوفاة الحقيقي عند أكثر الفقهاء، بل إذا جـاء المـوت عقب سبب آخر طارئ وكان لا يزال مريضا فإنه يعتبر هذا المرض مرض موت، لاسـتمراره إلـى الموت, وأنه يرجع في معرفة غلبة الهلاك إلى أهل الخبرة، ونظرا للتقدم العلمي الهائـل فـي مجـال الطب، فقد أصبح علم الطب يصنع المعجزات، وبذلك فإن الأطباء بخبرتهم وطبيعة عملهم ومعـرفتهم بسر مهنتهم، يستطيعون تقدير قوة تأثير المرض وامتداده، كما يجب ملاحظة الحالة النفسية، فإذا أخبر

---

[17] الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 315

الطبيب شخصا بأن عنده مثلا سرطانا لا يرجى برؤه فإنه يصبح في حالة نفسية كئيبة يرتقب الموت بين الحين والآخر إن لم يكن أخبره الطبيب بجدوى العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره، فإذا قرر الطبيب أن لا رجاء في الحياة ولا في العلاج، ولم يعين مقدارا من الزمن لقوة تأثير المرض في الحياة، والمرض يزداد من وقت لآخر، ولم يثبت على حال واحدة، فالمريض مرتقب الموت، فتكون تصرفاته مظنة الإيثار أو الإضرار، فلا يعتبر كالصحيح مهما طال المرض، لأن تصرفه الذي يمس الورثة أو الدائنين يكون الدافع إليه هو إيثار بعض الورثة أو إضرار الدائنين[18].

المطلب الثاني: الملحقون بالمريض مرض الموت:

لما كان سبب شرح الأحكام المتعلقة بالمريض هو خوفه الموت، ألحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والموت على الحياة والهلاك على النجاة, ومن هؤلاء[19]:

1) المقاتلة إذا التحمت الطائفتان، ولم تستبن الطائفة القاهرة والطائفة المقهورة، أو استبان القاهر وكان من المغلوبين, ففي هذه الحالة يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت، لأنه يترقب الموت في كل آن أو لا يدري أيقع على الموت أم يقع الموت عليه، فإن تصرف تصرفا فيه ما يمس حقوق الدائنين أو الورثة ثم مات في هذه الحال كان تصرفه موقوفا على إجازتهم إلى غير ذلك من الأحكام.

2) من قدم للقتل سواء أكان بسيف الجلاد قودا أو قصاصا أو حدا أو بسيف ظالم عدوانا, فهو في حال يترقب التلف والهلاك، و قد غلب عليه اليأس على الحياة، فهو كالمريض وإن لم يكنه.

3) من ركبوا البحر فتموج بهم واضطرب واصطفق بالأذى، وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم، وجاءتهم العواصف حتى غلب عليهم أن لا منجاة لهم مما هم فيه، ففي هذه الحال يكونون كالمرضى، وإن لم يكونوا مرضى.

4) المحبوس أو الأسير إذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين، وكذلك إذا جرى العرف بين الآسرين بقتل الأسرى، ففي هذه الحال أيضا يكون المحبوس والأسير كالمريض مرض الموت.

5) الحامل إذا أثقلت، وصار لها ستة أشهر، فإنها إذا وصلت إلى هذا الحد صارت تتوقع الولادة من وقت لآخر، والولادة حال تكون المرأة فيها بين الخوف والرجاء، وبين الحياة والموت، فربما كانت

---

[18] الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 315

[19] الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 316

المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر بورثتها أو دائنيها، وقد أخـذ بهـذا سعيد بن المسيب، وعطاء، وقتادة، ومالك, وخالفهم ابراهيم النخعي، ومكحول، ويحي الأنـصاري، والأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة والشافعي, وقالوا إنها تتصرف تصرف الصحيح حتى تكون في المخاض، ففي هذه الحال تكون كالمريض، وذلك لأنها قبل ذلك لا تتوقع الموت، ولا ترقبه بسبب الحمل، بل المعتاد الغالب و المعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف، وأحيانـا تكـون مـدة الحمل مدة استبشار وسرور، وليس من المعتاد أن تلد لستة أشهر، وإنها حتى قبيل الولادة المعتادة تكون في حال سرور وآمال فيمن ترجوه لها قرة عين، حتى إذا دخلت في المخـاض وأصـابتها آلامه، وهي مبرحة شديدة فقد يعروها اليأس من شدة الألم، ويعروها انقباض النفس مما يمـضها من ضروبه, ففي هذه الحال يصح أن نقول إنها تخاف الموت وتتوقعـه، فقـد تتـصرف حينئـذ تصرفات تضر بالدائنين أو بالورثة فتكون كالمريض في أحكامه.

وقال الزهري والحسن البصري والشافعي في القول الثاني له أن الحامـل فـي تـصرفاتها كالصحيح ولو كانت في المخاض، لأنها لا تتوقع الموت بل الإعتياد والإلف والرغبة في الولد تجعلهـا دائما ترجح الأمل على اليأس والرغبة في الحياة، وبشرى الولادة وتوقعها تبعد عنها فكرة الموت، وإن كانت في أشد الآلام.

6) المبارز إذا تقدم للقاء مع القرن، ففي هذه الحال يكون في حال يخاف منها الهلاك غالبـا، فيكـون كالمريض، وتكون تصرفاته التي تمس الوارث أو الدائن مظنـة الإضـرار بهـا فتتوقـف علـى إجازتهما[21].

المطلب الثالث: إثبات مرض الموت

إن مرض الموت بالشروط السالفة الذكر لا يمكن أن يكون إلا واقعة مادية وهـذه الأخيـرة تثبت بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن وخاصة شهادات الأطباء المختصين، كما تثبـت كذلك بشهادة الشهود وذلك بتقصي حياة المريض في آخر أيامه، ومن أمثلة القرائن التي يستخلص بها صدور التصرف في مرض الموت, أن يكون البيع محررا بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين، وأن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة[22].

ويقع على عاتق الورثة عبء إثبات أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض المـوت، ولمـا كان الورثة يعتبرون خلفا لمورثهم وليسوا من الغير من حيث ثبوت التاريخ فـإن تـاريخ التـصرف

---

[21] الإمام محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 316

[22] فتحي حسن مصطفى – الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية 1992

العرفي يكون حجة عليهم كما يكون حجة على مورثهم، فإذا كان التصرف مؤرخا تاريخا عرفيا وقـد ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضا، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم ولكن لهم أن يثبتوا أن هـذا التاريخ قد قدم عمدا لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت وأن التاريخ الـذي صـدر فيـه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف، ويقع في وقت كان فيه المـورث فـي مرض الموت، فإذا أثبتوا ذلك أصبحوا من الغير من سريان التصرف في حقهم[23].

وقد أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة (776) فقرة (2) قانون مدني، حيث تنص: " على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض المـوت ولهـم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ".

كما أعفى المشرع بعد إثبات صدور التصرف في مرض المـوت باعتبـار أن التـصرف تبرعي، إذ نصت المادة (776) فقرة (3) قانون مدني:" إذا أثبت الورثة أن التـصرف صـدر عـن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه ", أي أن المشرع قد أنشأ قرينة قانونيـة بـسيطة على أن كل تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت يكون تبرعا، وبالتالي تسري عليه أحكام الوصية، ما لم يثبت المتصرف إليه أن التصرف لم يكن تبرعا بل بمقابل، وحينئذ لا يسري عليه حكـم المـادة (776) بل يسري عليه حكم المادة (408) الخاصة بالبيع في مرض الموت.

ويجوز إثبات المعاوضة بكافة الطرق ولو كانت قيمة العقد تجاوز نصاب البينة وذلـك وفقـا للقاعدة العامة في إثبات عكس القرائن القانونية، ولا يجوز الإستناد في ذلك إلى نص العقد ذاتـه ولـو كان واردا فيه أن المتصرف قبض الثمن كله فور التعاقد, لأن المشرع بإنشائه القرينة المـذكورة قـد أهدر نص العقد في هذا الشأن و أصبح يتعين إثبات المعاوضة بغير هذا النص[24].

وهذا ما نجده من خلال اجتهادات المحكمة العليا في عدة قرارات لها، فنجد من خلال القرار رقم 42316 "... حيث أن ملاحظات الموثق بأن البائع يتمتع بكافة ملكاته الذهنيـة لا تكفـي لـصحة التعاقد، ويتعين على قضاة الأساس الاعتماد على عناصر أخرى (أي إفـادات الـشهود أو الـشهادات الطبية...) "[25].

---

[23] أحمد عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق ص 322

[24] سليمان مرقس – العقود المسماة – المجلة الأولى – عقد البيع – الطبعة الرابعة عالم الكتب القاهرة 1980

[25] قرار رقم 42316 مؤرخ في 02 ديسمبر 1987 "غير منشور"

وفي قرار آخر:"... حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها.

وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس"[26].

وفي قرار آخر "... من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية:

فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض[27].

---

[26] قرار رقم 197335 مؤرخ بتاريخ 16 جوان 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور في المجلة القضائية عدد خاص "أحوال الشخصية" لسنة 2001 ص281

[27] قرار رقم 219901 مؤرخ بتاريخ 16 مارس 1999 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور في المجلة القضائية عدد خاص "أحوال شخصية" لسنة 2001.ص287

المبحث الثاني: مدى تأثير مرض الموت على أهليه المريض

أتى القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى ببعض الأحكام الخاصة بتـصرفات المريض مرض الموت، استمدت معظمها من الشريعة الإسلامية , إلا أنه لم يوضح مـا هـي أهليـه المريض مرض الموت ، وهل مرض الموت يفقدها أو ينقصها ومن ثم يكون المـريض غيـر أهـل للتصرفات التي ينشئها أثناء مرض الموت ، ونرى أن نبحث أولا في أهليه المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني وذلك في مطلبين على التوالي.

المطلب الأول: أهليه المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

الإنسان دون غيره من سائر المخلوقات هو الذي يكلفه ا بما يترتب عليه صلاح حاله وحال المجتمع في الدنيا، وينال بطاعته فيما كلف به الثواب في الآخرة، وا سبحانه وتعالى لا يكلف النـاس إلا بما فيه صالح حالهم في الدنيا والآخرة.

كما أنه لا يكلف إلا من كان أهلا لهذا التكليف, بأن يكون قادرا على فهم أدلة التكليف, قادرا على الإتيان بها, أي بما كلف به.

فأما قدرته على فهم أدلة التكليف فإنما تتحقق إذا كان عاقلا, لأن العقل أداة الفهم، وإدراك ما يريده صاحب الشرع، لأن تكليف من لا عقل له مثله مثل تكليف البهائم، وحاش ا أن يـصدر عنـه مثل هذا.[28]

وقد ورد في أدلة الشرع ما يقطع بأن لا تكليف إلا لعاقل، فقد روي عن رسول ا صلى ا عليه وسلم:"رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يعلم، وعن المجنون حتـى يفيق", وأما قدرته على أن يأتي بما كلفه به، فيشهد له قوله تعالى "لا يكلف ا نفسا إلا وسعها" وقوله: "ما جعل عليكم في الدين من حرج".

وأهليه التكليف إنما يراد بها صلاحية الإنسان لوجود الحقـوق المـشروعة لـه، أو عليـه, ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا، وهذا يتمشى مع معناها اللغوي، إذ أن أهليه الإنـسان لشيء ما في اللغة هي صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه وطلبه منه، وهذه الأهلية ليست فـي درجـة

---

[28] محمد الزفزاف:- تصرفات المريض مرض الموت – محاضرات ألقيت على الطلبة دبلوم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق القاهرة 1986

واحدة في كل أطوار حياة الإنسان، بل تنقص وتكمل حسب نموه عقلا وبدنا، ومن هنا قسم العلماء أهلية التكليف إلى أهلية وجوب وأهلية أداء[29], وكلتاهما تنقسم إلى أهلية ناقصة وأهلية كاملة.

إذن يتضح من تتبع أحوال الإنسان من حين كونه جنينا إلى حين البلوغ أنه يمر بأربعة أدوار:

- الأول: حالة كونه جنينا.
- الثاني: حالة الصبي من الولادة إلى سن التمييز.
- الثالث: حالة التمييز إلى سن البلوغ.
- الرابع: حالة البلوغ مع الرشد.

ولكن ذا الأهلية الكاملة قد يعرض له ما يذهب بأهليته كلها كالجنون أو بعضها كالعته أو يغير بعض أحكامها كالمرض.

والمريض مرض الموت هو شخص عاقل رشيد، ففيه أهلية الوجوب والأداء والعبارة، ولذلك فهو أهل للتعاقد شرعا وقانونا، ولذلك فإن القانون والشريعة الإسلامية لم يحدا من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها, وإنما للحفاظ على حق الدائن والوارث لتمكين الدائنين من استيفاء ديونهم، ولكي لا يتمكن هو من تضييع حق الورثة في تركته سيرا وراء رغبة دافعة لإيثار بعض الورثة مخالفا بذلك أحكام الورث، أو اندفاعا وراء محبة أو شهوة بإعطاء من لا يستحق أكثر مما له، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانه من ميراثه بعد موته[30].

ومرض الموت عند الشرعيين، وإن كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغييرا في بعض الأحكام، فإنه لا ينافي أهليه الوجوب، أي إلزامه بالواجبات الشرعية، سواء أكانت من حقوق ا تعالى كالصلاة والزكاة، أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد، ولا ينافي كذلك أهلية العبارة, أي احترام الأقوال التي تصدر عنه بغض النظر عن لزومها ونفاذها، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله، حتى صح زواج المريض وطلاقه وانعقدت جميع تصرفاته، وجميع ما يتعلق بالأقوال التي تصدر منه[31].

---

[29] محمد الزفزاف – المرجع السابق ص 82

[30] محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 371

[31] محمد كامل مرسي – المرجع السابق ص 258 وما بعدها

المطلب الثاني: أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني

العقد يكون صحيحا إذا كانت جميع شروطه كاملة غير منقوصة وينفذ مباشرة، أما إذا فقد شرطا من الشروط المطلوبة فإنه يكون باطلا أو غير صحيح.

ويراد من نفاذ العقد أن يترتب عليه آثاره في الحال، ولا يتوقف على إجازة غير العاقد، وذلك يكون إذا كان العاقد مالكا لما عقد عليه، أهلا للإستقلال في إصدار هذا العقد، بأن كان حرا بالغا عاقلا، أو كان غير مالك لما تعاقد عليه ولكنه ذو ولاية في إصداره, كالولي والوصي والوكيل، أما إذا كان مالكا ولكنه غير أهل للإستقلال بإصدار العقد، كالصبي المميز في العقود الدائرة بين النفع والضرر, أو كان أهلا للتعاقد ولكنه ليس مالكا و لا ذا ولاية شرعية أو قانونية على من يملك كالفضولي, فان العقد لا يكون نافذا, و لكنه يكون موقوفا.

و إذا نظرنا إلى هذا الأصل بالنسبة إلى المريض وجدنا أن المريض أهل للتعاقد, و متى عقد على ما يملك كان عقده صحيحا, فيلزم أن يكون نافذا.

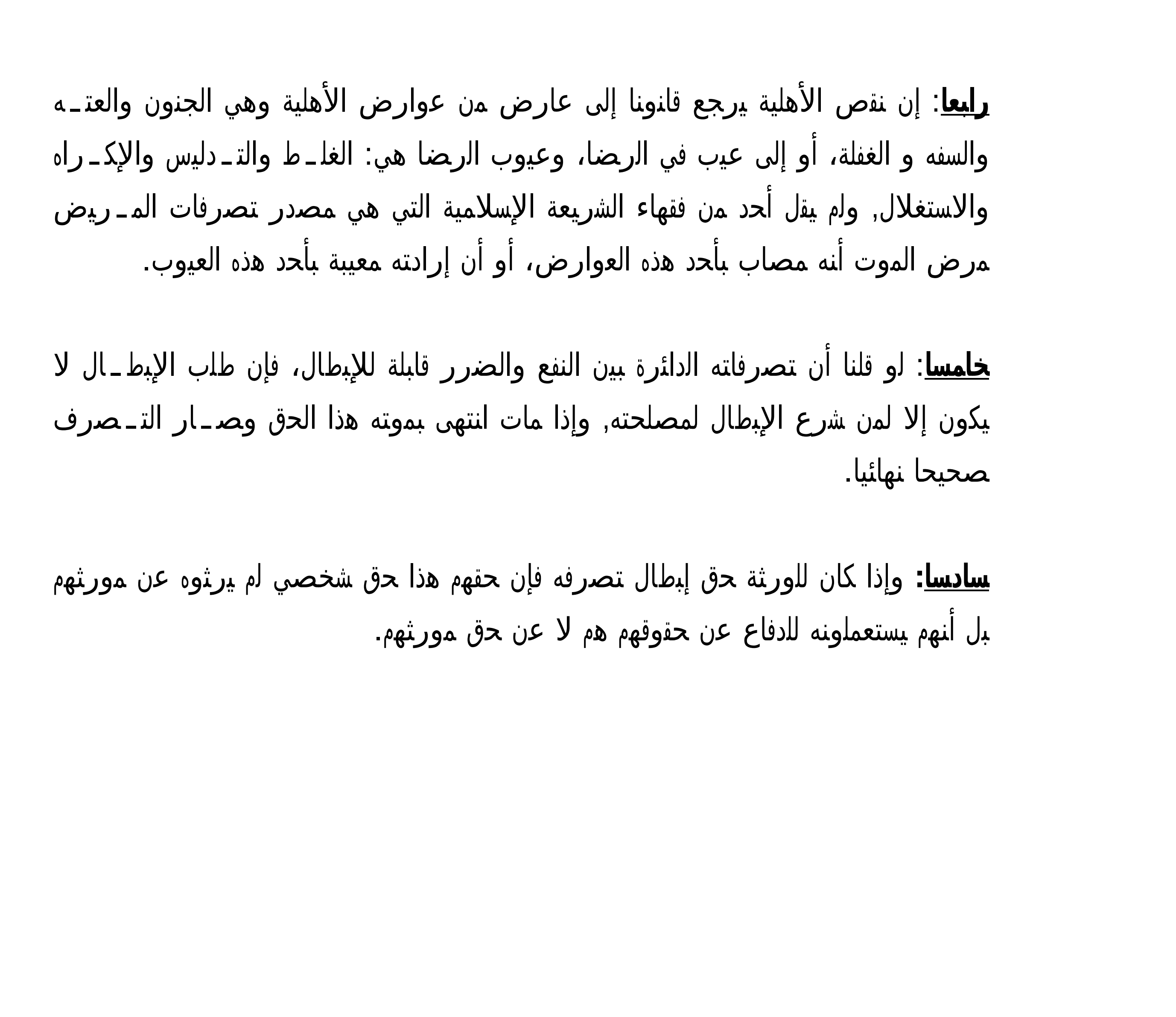
فاعتبار أهلية المريض مرض الموت أهلية كاملة كأهلية الصحيح تماما يرجع للأسباب التالية:

<u>أولا</u>: لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، لكان تصرفه بالوصية في حدود الثلث باطلا بطلانا مطلقا، لأنه تصرف ضار به ضررا محضا، وهناك إجماع على أن تصرفه في حدود الثلث لأجنبي صحيح نهائيا.

و لو كان تصرفه يدور بين النفع والضرر كالبيع مثلا, لكان تصرفه لأجنبي في حدود الثلث قابلا للإبطال، وهناك إجماع على أنه صحيح نهائيا.

<u>ثانيا</u>: لو كان ناقص الأهلية, وكان تصرفه تبرعا، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يستطيع ورثته إجازته، لأن التصرف الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الإجازة، وهناك إجماع على أن للورثة إجازة هذا التصرف.

<u>ثالثا</u>: لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، لكان تصرفه تبرعا باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يكن له وارث، وهناك إجماع على أن تصرفه في كل ماله صحيح إذا لم يكن له وارث
.



رابعا: إن نقص الأهلية يرجع قانونا إلى عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والعته والسفه و الغفلة، أو إلى عيب في الرضا، وعيوب الرضا هي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال, ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت أنه مصاب بأحد هذه العوارض، أو أن إرادته معيبة بأحد هذه العيوب.

خامسا: لو قلنا أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال، فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته, وإذا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا نهائيا.

سادسا: وإذا كان للورثة حق إبطال تصرفه فإن حقهم هذا حق شخصي لم يرثوه عن مورثهم بل أنهم يستعملونه للدفاع عن حقوقهم هم لا عن حق مورثهم.

الفصل الثاني: حكم تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني والشريعة الإسلامية

تقضي الشريعة الإسلامية بأن التصرفات المنجزة، سواء كانت إنشائية أم إخبارية الـصادرة في حال الصحة، تنفذ في جميع مال المتصرف، سواء أكانت لوارث أم لغير وارث، بمقابل أو بغيـر مقابل.

وما جاء في الشريعة ورد أيضا في القانون، إلا أن تصرفات المريض مـرض المـوت قـد خصتها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بأحكام دقيقة لما تتسم به من شك لغرض يقصده أو هوى يميله.

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: وسنخصصه لتصرفات المريض مرض الموت من بيع و وصيته في القانون الوضعي.

المبحث الثاني: خصصناه لحكم تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: بيع المريض مرض الموت ووصيته في القانون المدني

إن أي شخص يمكن أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد, و حرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته, فيجوز له أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لأحد حق مراجعته, أو مجرد الإعتراض عليه, لأنه إنما يتصرف في خالص حقه.

أما إن احتفظ بأمواله طول حياته و تصرف فيها كلها أو بعضها تـصرفا لا ينفـذ إلا بعـد موته, فان هذه التصرفات لا يعود عليه منها أي ضرر طالما أنها لن تنفذ حال حياته, و إنما يقتـصر أثرها على إخراج المال المتصرف فيه من تركته, فيضار الورثة بذلك من دونه.

و هذا هو شأن الوصية, لذلك فرض المشرعون في أكثر البلدان قيـودا علـى الحـق فـي الإيصاء, و إذا أراد أي شخص أن يتصرف إلى غيره تبرعا بكل ماله أو بما يجاوز عن القدر الجـائز الإيصاء به, لم يكن له من سبيل إلى ذلك إلا أن يهب غيره هذا المال حال حياته, فتنفذ الهبة في حقـه ألا, ثم في حق ورثته من بعده.

و لم ير المشرع داعيا لتقييد حق الشخص في التبرع حال حياته, لأنه قدر حرص المرء على أن لا يجرد نفسه من ماله, كفيل بالحد من رغبته في التبرع, طالما بقي له أمل في حياتـه لا يعـرف مداها, لكنه قدر أيضا أن هذا الحرص يزول متى يشعر الشخص بدنو أجله و قرب إنتقال أمواله إلـى ورثته, إذ تنطلق حينئذ رغبته في إيثار بعض الورثة على البعض الآخر أو بعض الناس على ورثتـه كلهم, أو بعضهم, فيهب للمأثورين من أمواله أكثر من القدر الذي يجوز له الإيصاء به, فيتـأثر بـذلك حق الورثة بقدر ما ينقص من أموال التركة التي كان يجب أن تؤول إليهم لولا هذه الهبة, و يكون هذا التصرف غالبا أثناء مرض الموت و هو المرض الذي يشعر فيه المريض بدنو أجلـه و يغلـب فيـه الوفاة.

و لذلك رأى المشرع الجزائري أن يفرض على تصرفات المريض مرض المـوت قيـودا, سواء أكانت تبرعا أم بيعا, كالتي قيد بها الوصية.

و قد نصت المادة (408) من القانون المدني الجزائري على انه: " إذا باع المريض مـرض الموت لوارث, فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف, فانه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكـون قابلا للإبطال"

وعلى هذا سنتناول هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب:

المطلب الأول:بيع المريض مرض الموت لوارثه

المطلب الثاني: بيع المريض مرض الموت لغير وارثه

المطلب الثالث:وصية المريض مرض الموت

المطلب الأول: بيع المريض مرض الموت لوارثه

تنص الفقرة الأولى من المادة (408) من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا باع المـريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة "

و يستشف من نص هذه الفقرة أن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكـون صـحيحا بـين العاقدين, و لكنه غير نافذ في حق باقي الورثة إلا إذا اقروه, و بالنص على إقرار باقي الورثـة للبيـع يكون المشرع الجزائري قد تفادى الخلط بين الإجازة و الإقرار, فلفظ الإجازة يعبـر عـن التـصوير الشرعي, و لا تكون الإجازة إلا من طرف في التصرف, أما لفظ الإقرار فانه يعبـر عـن تـصوير القانون الوضعي[32].

و المقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق إقرار التصرف, الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث المتصرف وقت موته, و المراد بالوارث في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت هو مـن يكـون وارثا وقت موت المورث و لو لم يكن وارثا وقت البيع, أما من كان وارثا وقت البيع و أصبح غيـر وارث وقت موت المورث, فلا يعتبر وارثا في هذه الاحكام.[33]

كمن كان له وقت البيع بنتا و زوجة و أختا, ثم رزق بعد البيع مولودا ذكرا, اعتبـر الإبـن وارثا و لو لم يكن موجودا وقت البيع, و لم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت و إن كانت وارثة و قت البيع.

و لا يعتد بإقرار الورثة السابق على موت المتصرف و لو دونوه كتابة فـي ذيـل المحـرر المثبت لتصرف المريض, لأن حقهم في الإرث و بالتالي في إقرار تصرفات مورثهم لا يثبت لهـم إلا بعد موت الأخير, و لا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه, و يشترط في صحة إقرار الورثـة تصرفات مورثهم الصادرة منه في مرض موته إضافة إلى صدور هذا الإقرار بعد موتـه, أن يكـون

---

(32) سليمان مر قس: شرح القانون المدني -3- العقود المسماة- المجلد الأول. عقد البيع ص 573 الطبيعـة الرابعـة 1980

(33) أحمد عبد الرزاق السنهوري- الوسيط - ج 4 ص 329

الورثة من أهل التبرع, عالمين بما يجيزونه, فيجب أن يكون الوارث المقر عاقلا بالغـا راشـدا, و إلا فإنه لا يكون أهلا للتبرع و يقع إقراره باطلا بطلانا مطلقا,[34] لأنه إسقاط دون مقابل لحق ثابـت فـي التركة, فلا يصح أن يكون الوارث المقر صبيا, أو مجنونا, أو محجوزا عليه, أو أن يكون هـو نفـسه مريضا مرض .[35]

و يجب أن يكون الإقرار صادرا من الوارث عن بينة من الأمر, أي أن يكون الوارث عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت, و أنه يملك التمسك بعدم نفـاذه و عدم إقراره, و إلا كان الإقرار قابلا للإبطال.[36]

و يرجع سبب البطلان إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز الوصـية لـوارث إلا إذا أجازها باقي الورثة, إذ تنص المادة (185) من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: " تكون الوصـية في حدود ثلث التركة, و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ".

فالبيع لوارث البائع في أثناء مرض الموت يعتبر مخفيا لوصية, و أن البائع ما التجأ إلى البيع إلا للتهرب من شرط الإجازة, فاشترط وجوب الإجازة حتى لو حصل في صورة عقد بمقابل .

أما إذا أقر البيع بعض الورثة و لم يقره البعض الآخر فان البيع ينفذ في حق من اقروه فقـط بنسبة انصبتهم في الميراث, و لا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة إلى أنصبتهم, و يترتب على عدم إقرار الورثة للبيع كلهم أو بعضهم أن يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كلـه أو بعـضه الـذي يخص الورثة الذين لم يقروا البيع, أو قيمته, و مؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبـر بيعه - بالنسبة إلى الورثة الذين لم يقروا البيع – موقوفا نفاذه في حقهم على دفع قيمته إلى التركة, فإذا لم يقم المشتري بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقيـا علـى ذمـة التركـة و جـاز للورثـة استرداده.[37]

---

[34] سليمان مر قس- المرجع السابق ص 573

[35] أحمد عبد الرزاق السنهوري -المرجع السابق ص331 هامش "2"

[36] سليمان مر قس -المرجع السابق ص573

[37] سليمان مرقس -المرجع السابق ص574

كما نجد هذا من خلال إجتهادات المحكمة العليا في بعض قراراتها, فنجد في قـرار المبـدأ التالي:" من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون نـاجزا إلا إذا أقره باقي الورثة و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون"[38].

و في قرار آخر: "من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الـوارث, لا يكون نافذا إلا إذا أقره باقي الورثة.

و لما تبين – في قضية الحال – أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما, وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته المرض الذي أثاره الطاعنون حين إجراء القسمة, فإنه استوجب النقض."[39]

و يلاحظ أن نص الفقرة الأولى من المادة(408) مدني جزائري, هو نص معيب بحيث انه لم يحذو فيه المشرع حذو القوانين العربية الأخرى, فلم يبين البيع المقصود في هذه الفقرة, و لـم يـذكر الفرق بين ما إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأقل منها أو بدون ثمن أصلا هذا من جهـة, و مـن جهـة أخرى لم يذكر الجزء المحابى به و هو كما ترى الشريعة الإسلامية ما لا يجاوز ثلث التركة, و يكون البيع في هذه الحالة صحيحا حتى و لم يجزه باقي الورثة.

و لعل المشرع الجزائري قد قصد في هذه الفقرة البيع المنطوي على التبرع لا البيع الجـدي الذي يكون بمثل القيمة, أي دون محاباة, و قد أبدى ذلك في المادة (776) مدني الجزائري التي يفهـم منها أن البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع المنطوي على التبرع لا البيع الجدي.

<u>المطلب الثاني</u>: بيع المريض مرض الموت لغير وارثه

تنص الفقرة الثانية من المادة (408) من القانون المدني الجزائري على أنه:" أما إذا تم البيـع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من اجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

و يبدو من ذلك أن المشرع الجزائري قد جعل البيع لغير وارث في مـرض المـوت قـابلا للإبطال ما لم يكن مصدقا عليه.

---

[38] قرار رقم 62156 مؤرخ بتاريخ 09جويلية 1990 عن الغرفة المدنية منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989 العـدد الثالث.ص68

[39] قرار رقم 139123 مؤرخ بتاريخ 09جويلية 1996 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور بالمجلة القضائية لـسنة 1996 العدد الثاني ص80

و يلاحظ أن هذا النص يتميز باللبس و الغموض مما جعله موضعا للإنتقاد و خاصـة مـن طرف الأستاذ و الدكتور علي علي سليمان و تتلخص هذه الانتقادات في:

أولا:أن النسخة الفرنسية أتت فيه بشرط لم يرد في النص العربي, فاشترطت أن يتم البيع في حدة المرض و اشتداده في حين أن أحد فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقبل بهذا الشرط, كما أن النـسخة الفرنسية أضافت في الفقرة الثانية عبارة لم ترد في النص العربي, فقالت " يعتبر البيع قد تم دون رضا صحيح sans consentement", أما العبارة الواردة في القانون المدني ".... غير مصادق عليه...." ليست معروفة في القانون المدني بصورة عامة.

ثانيا: أن نص المادة (408) فرق بين البيع لوارث فعلق صحته على إقرار باقي الورثة وبين البيع لأجنبي فجعله قابلا للإبطال إمـا لعيـب فـي الرضـا كمـا يقـول الـنص الفرنـسي sans consentement,و إما أنه غير مصادق عليه كما يقول النص العربي.

ثالثا: إن هذا البيع يعتبر وصية و تجري عليه أحكام الوصية, و إذا كان المشرع الجزائـري قد أخذ بحكم أنه "لا وصية لوارث " مع أنه محل إختلاف, و لم يأخذ به القانون المصري و لا القانون الليبي, فلماذا لم يعتبر البيع للأجنبي و صية أيضا و يتعلق نفاذها على إقرار الورثة فيما يجاوز الثلث؟ و لماذا كانت العلة في قابلية التصرف للغير في إبطاله ترجع إلى عيب في الرضا, و لم يكن البيع قابلا للإبطال في حالة تصرف لوارث لنفس العلة ؟ و إذا كان التصرف قابلا للإبطال في الحالة الثانية فلمن الحق في الإبطال, والمعروف قانونا أن الإبطال يكون إما لقصر أو لغلط أو لإستغلال, أو لتدليس, و لم يصرح النص الجزائري عن السبب في قابلية العقد للإبطال, فهل هو احد العيوب المذكورة ؟.

يقول النص الفرنسي انه يعتبر قد تم بدون رضا صحيح, و لكن أسباب عدم صـحة الرضـا محصورة في العيوب التي ذكرها القانون و هي التي سبق ذكرها, في حين لم يقل احـد مـن علمـاء الشريعة الإسلامية أن تصرف المريض مرض الموت يتوقف على إجازة الورثة لأحد هذه العيوب, و إنما قالو أنه يتوقف على إجازتهم لان حقوقهم قد تعلقت بثلثي التركة, فليس له أن يمس هذه الحقوق, و لذلك اعتبرهم القانون من الغير بالنسبة إلى مورثهم, و في هذه الحالة لا يعتبرون خلفا عاما له, و أجيز لهم الطعن في هذا التصرف بناءا على اعتبارهم من الغير, و لو فرضا جدلا أن رضا المريض كـان غير صحيح كما تقول النسخة الفرنسية فان رضاه يكون مشوبا بنفس العيوب حـين ينـصرف لأحـد الورثة و لا تصححه إجازة الورثة الآخرين, لان من شرع الإبطال لمصلحته هو وحده الذي يـستطيع أن يتنازل عنه أو يطلب إعماله أو يجيز التصرف القابل للإبطال, و المفروض هنـا أن التـصرف لا ينفذ إلا بعد موت المورث, إذا فليس الإبطال ممكنا بالنسبة إليه, فهل يكون الإبطال للورثة؟.

إذا رجعنا إلى رأي الإمام مالك الذي يعمل بمذهبه رسميا بالجزائر وجدناه يقول: " إذا مـات الموصي لزمت الوصية و ليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك و لا يبطله ولا يبدله بغيره."

و على ذلك فليس للورثة الحق في طلب إبطال تصرف ما, و إذا فرضنا جدلا أن لهـم هـذا الحق لان القانون يعتبرهم من الغير بالنسبة إلى تصرف المريض مرض الموت, فمن المقرر قانونا أن من له الحق في طلب إبطال تصرف ما, له الحق أيضا في أن يجيز التصرف أو يتنازل عـن طلـب الإبطال, فيصح التصرف و ينتج كل آثاره القانونية, فإذا صح هذا الفرض يكون تـصرف المـريض مرض الموت معلق على إجازة الورثة سواء كان التصرف لوارث أو للغير, فلماذا فرق القانون بـين التصرفين ؟[40]

و قد عرضنا لهذه الانتقادات لتكون الأمور واضحة, و مفاد ذلك انه يجب تعديل هذا الـنص ليتفق مع النصوص العربية الأخرى, حيث تنص المادة (477) فقرة (1) مـدني مـصري:" إذا بـاع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت, فان البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمت المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة, داخلا فيها المبيع ذاته.

أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة, فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري فـي حـق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بالثلثين".

<u>- عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية:</u>

تنص المادة (409) مدني جزائري على أنه: " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع, و يستنتج من نص هذه المادة انه إذا باع المريض مرض الموت عينا لمشتر و كان المشتري حسن النية, فإن موقف الورثة يكون مغـايرا لما جاء في نص المادة (408) بفقريتها, لأن الغالب أن تمضي فترة غير قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت وبين وفاة المتصرف، وظهور عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة, و في هذه الأحوال يحدث كثيرا أن يتصرف المشتري في المبيع إلى آخر، أو يرتب حقا عينيـا عليـه، وكان مكتسب هذا الحق حسن النية بأن كان لا يعلم بصدور البيع الأول في مرض الموت، بـل كـان يعتقد بأن العين المبيعة ملك خالص للبائع، فإن الأحكام المتعلقة بالبيع في مرض الموت السالفة الـذكر لا تؤثر على حقه الذي كسبه، فلا يسقط الرهن أو الانتفاع ولا يفسخ البيع الثاني، وإنما يكون للورثـة الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض.

---

[40] محاضرة ألقاها الدكتور علي علي سليمان بكلية الحقوق بجامعة وهران تحت عنوان " نظرة عامة حـول القـانون المدني الجزائري "

ومنه فمن كسب حقا عينيا على المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده تطبيقـا لأحكـام البيـع الصادر في مرض الموت يحميه القانون ضد هذا الاسترداد ولكن بتوافر شرطان:

-الشرط الأول: أن يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض، حيث تقـضي المـادة (409) مدني جزائري:"...إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيـع. " و إلا فـإن الورثة يكونون أولى منه بالحماية إذا انتقل إليه تبرعا, بحيث يجوز للورثة أن يتبعوا العـين فـي يـد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم، وذلك ما لم تكن العين منقولا وحازه المتبرع له بحسن نيه.[41]

كما يلاحظ أنه إذا كان البيع عقارا فإن الغير لا يعتبر أنه كسب عليه حقا ما لم يقم بتـسجيل السند المنشئ لحقه.

-الشرط الثاني: أن يكون الغير حسن النية، وهذا معناه أن يكون جاهلا وقـت تعاملـه مـع المشتري بأن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت، أما إذا كان المشتري سيئ النية بـأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض موتـه، فـلا يجوز لهذا الغير أن يطلب الحماية.[42]

وعليه متى توافر هذان الشرطان جاز للغير أن يرفع دعوى ضد الورثـة الـذين يطالبونـه باسترداد العين المبيعة و أن يحتفظ بحقه الذي كسبه، فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري لـم يجـز نزعها منه، وإذا كان قد ترتب له حقا عينيا تبعيا على الشيء المبيع, استرد الورثة ملكية المبيـع مـن المشتري مشتملة لهذا الحق الأخير لمصلحة هذا الغير.[43]

المطلب الثالث: وصية المريض مرض الموت

نصت الفقرة الأولى من المادة (776) من القانون المدني الجزائري علـى مـا يلـي:" كـل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت, وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. "

ويستنتج من نص هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث في مرض المـوت ويكـون مقصودا به التبرع, يعتبره القانون وصية مستترة، وتسري عليه أحكام الوصية, ولذلك فإن مثـل هـذا

---

[41] أحمد عبد الرزاق السنهوري- الوسيط ج 4 ص 422 هامش 2

[42] أحمد عبد الرزاق السنهوري- الوسيط ج4 ص334

[43] أحمد عبد الرزاق السنهوري- الوسيط ج 4 ص335

التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث، و لا ينفذ فيما عاد ذلك إلا إذا أجازوه، فالنص إذا عمم، فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت، كالبيع، والهبة، والإقرار، والإبراء...إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع.[44]

ولذلك وجب أن يتوافر في التصرف شرطان:

الشرط الأول: أن يكون تصرفا صادرا في مرض الموت
الشرط الثاني: أن يكون مقصودا به التبرع

- <u>الشرط الأول</u>: أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت:

من الواضح أن كلمة " تصرف " تتسع للتبرعات والمعاوضات لأنها كلمة عادية[45]، ولذلك فالنص لا يقتصر على البيع، بل يشمل كل تصرف أو عمل قانوني صدر من المورث، و أيا كان هذا التصرف والإسم الذي أعطي له من أطرافه، وأن يصدر التصرف في مرض الموت وهو المرض الذي يتصل بالموت فعلا، ويقع عبء الإثبات بأن التصرف قد تم أثناء مرض الموت على الورثة، ويقومون بإثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن، إذ أنهم يثبتون واقعة مادية، فيصبح الإثبات بتقارير الأطباء وبغيرها من الأدلة والقرائن المستخلصة من ظروف المرض[46]، كأن يكون البيع محررا بخط المشتري و لم يحرر إلا قبل وفاة البائع بأيام، ومنها أيضا تسجيل العقد تسجيلا يكون البائع قد حرر العقد قبل وفاته بأيام قليلة ما لم يكن قد مات فجأة، و لا مانع أيضا من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير.[47]

- <u>الشرط الثاني</u>: أن يكون القصد من التصرف هو التبرع:

فقد يحدث العكس و يتضح أن التصرف وإن كان قد صدر عن المورث في مرض الموت, أنه قبض مقابلا لما تصرف, وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فإن كان الثمن لا محاباة فيه، فإن البيع ينفذ في حق الورثة، وتسري عليه أحكام عقد البيع، ولكن إذا كان في هذا المقابل محاباة للمتصرف إليه فإن هذا القدر المحابي فيه هو الذي تسري عليه أحكام الوصية. [48]

---

[44] محمد كامل مرسي - المرجع السابق ص303
[45] زهدور محمد - المرجع السابق ص92
[46] رمضان أبو السعود - الوسيط في الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول- مصدر الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري و اللبناني - الدار الجامعية بيروت 1985 ص126
[47] أحمد عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص223
[48] رمضان أبو السعود - المرجع السابق ص223

ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فإنه يعد قد صدر تبرعا، فالإنسان عادة لا يتصرف في مرض موته إلا على سبيل التبرع، لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف، ولكن يقع عبء إثبات التصرف الغير تبرعي على عاتق المتصرف إليه، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينة القانونية بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث، فإذا أثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثة، أما إذا اثبت العوض وكان في العوض محاباة له، فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية.[49].

ونجد في هذا الجانب بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا منها ما يلي:

القرار الصادر بتاريخ 16 جوان 1998 الذي جاء في حيثياته: "... حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية, إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس".[50]

و في قرار آخر: "... من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض."[51]

---

[49] رمضان أبو السعود- السنهوري ـ (نفس المرجعين السابقين)

[50] قرار رقم 197335 مؤرخ في 16 جوان 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور في المجلة القضائية عدد خاص أحوال شخصية لسنة 2201

[51]) قرار رقم 219901 مؤرخ بتاريخ 16 مارس 1999 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور في المجلة القضائية عدد خاص "أحوال شخصية" لسنة 2001.ص287

المبحث الثاني: تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية

على خلاف القانون المدني جاءت الشريعة الإسلامية السمحاء أكثر تنظيما و تفصيلا لأحكام تصرفات المريض مرض الموت، حيث جعلت المرض سببا في تعلق حق الدائنين و الورثة بمال المريض أثناء المرض و قبل حصول الوفاة, و حجر على تصرفه في أمواله في كل ما يتعلق بحقوقهم حفاظا عليها، حجرا مستندا إلى مرض اعتبارا للسبب، و اعتد بتصرفه فيما لا يمس حق الدائن و الورثة، أما ما يمس حقوقهم فإنه يكون موقوفا على إجازتهم، و تبعا لذلك تنوعت تصرفات المريض مرض الموت إلى تصرفات نافذة غير قابلة للنقض، و تصرفات غير نافذة قابلة للفسخ.

و فيما يلي سوف نتعرض في هذا المبحث إلى التصرفات النافذة التي يبرمها المريض و التي لا تكون محلا للنقض في المطلب الأول، و في المطلب الثاني نتناول التصرفات الغير نافذة و التي يمكن للورثة و الدائنين الطعن فيها.

المطلب الأول: تصرفات المريض النافذة

لقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات المريض مرض الموت النافذة، و التي لا يجوز للوارث أو الدائن نقضها إلى:

تصرفات تتعلق بقضاء حاجات المريض الأصلية من زواج و طلاق و شراء الأدوية و دفع أجرة الطبيب و غيرها.

و تصرفات لا تتعلق بقضاء حاجات المريض الأصلية و رغم أنها من طبيعة مالية محضة فإنها لا تكون محلا للنقض كذلك، لأنها لا تؤدي إلى نقص في رأس ماله.

ولذلك سوف نتناول التصرفات المتعلقة بقضاء حاجات المريض الأصلية في نقطة أولى.
و في نقطة ثانية نتناول التصرفات الغير متعلقة بقضاء حاجات المريض الأصلية.

أولا: التصرفات المتعلقة بقضاء حاجات المريض الأصلية

رغم أن حق الدائنين و الورثة يتعلق بأموال المريض من وقت نزول المرض، إلا أنه ليس ذلك معناه غل يد المريض مطلقا عن التصرف في أمواله، بل له أن يتصرف فيها في حدود ما يفي بسبب حاجاته الأصلية، و هذه الحاجات تتمثل أساسا في النفقة عليه و على من تلزمه نفقته.[52]

كما لا يكون قابلا للنقض شراء الأدوية و حاجاته التي لا يستغن عنها مالم تكن فيها محاباة، فإن خلت من المحاباة، بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس في مثله عادة، فالتصرف نافذ غير قابل للنقض، فإن كان في التصرف محاباة بغبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين و من الورثة كل لحفظ حقه.[53]

و ليس من مواضع الإعتراض و طلب النقض كذلك النكاح، فينعقد النكاح من المريض نافذا غير متوقف على إجازة أحد، و لو مات في مرضه هذا, ما كان لورثته أن يتعرضوا لزواجه بنقض و يثبت لزوجه مهرها بشرط أن لا يزيد عن مهر المثل، فإن زاد أحدثت الزيادة حكم التبرع ،و إن مات و هي زوج له فالزيادة حكم الوصية للوارث، و إن تزوجها بمهر المثل أو أقل منه أو لم يسم شيئا ،يثبت لها ما سمي أو مهر المثل ، و يكون دينا في حكم ديون الصحة، وهي التي تثبت عليه في صحته أوفي مرضه ببينة صحيحة ، و لم تثبت بإقراره منفردا ، وإنما جاز نكاحه لأن النكاح من التصرفات التي لا يعد المال فيها مقصودا, كما أن تصرفاته الغير مالية تثبت كلها من غير حاجة إلى إجازة أحد قبل الوفاة أو بعدها.[54]

و كما يصح زواجه يصح طلاقه و لم يختلف الفقهاء في أنه صحيح، سواء أكان رجعيا أو بائنا، لأنه تصرف صدر من أهله مضافا إلى محله وإنما اختلفوا في استحقاق الإرث.

و استحقاق الإرث يختلف باختلاف صفة طلاق المريض من كونه رجعيا أم بائنا، فإذا كان رجعيا و مات و هي في العدة ورثته كما لو طلقها في حالة صحته، سواء كان الطلاق الرجعي برضاها أم بغير رضاها، أما إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى، فإن كان برضاها فلا نزاع في أنها لا ترث و لو مات و هي في عدة لعدم تحقق الفرار منه.

و إن كان بغير رضاها، فإنها ترثه إذا مات في مرضه هذا، و لم تكن عدتها انقضت بعد، لتعلق حقها فقها بماله من أول وقت مرض موته [55]

---

[52] محمد فراج حسين- الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية- مؤسسة الثقافة الجامعية الطبعة الأولى ص258

[53] الإمام محمد أبو زهرة – أحكام التركات والمواريث ص14

[54] الإمام محمد أبو زهرة -الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص328

[55] محمد فراج حسين -المرجع السابق ص264

و في هذا نجد قرار للمحكمة العليا جاء في مبدئه ما يلي: " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجـة من الميراث...."[56].

غير أن إستحقاق الميراث مقيد بموت المريض في العدة عند أبي حنيفة و أصحابه، و مقيـد بعدم زواجها بغيره قبل موته عند أحمد و ابن أبى ليلى, و غير مقيد بشيء عند مالك، وقال الشافعي لا تستحق الميراث [57]

.و كما يكون الزوج فارا تكون الزوجة فارة أيضا إن لم يرض الزوج, بذلك كأن يكون لهـا حق الخيار بالبلوغ، فإن بلغت و هي مريضة فاختارت نفسها، تكون فارة وكذلك إذا فعلت مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة، كأن تكون قد مكنته من نفسها و هي في مرض موتها، لأنها تصبح محرمة عليه وتعتبر فارة من الميراث و يستحق زوجها الميراث إن ماتت و هي في العدة، لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها فيرد عليها قصدها [58]

و بالنسبة للخلع فالمرأة كالرجل في التبرعات و على هذا إذا خلعت المرأة المريضة زوجهـا أو طلقها على مال يكون هذا التزاما منها بالعوض تبرعا منجزا، و التبرعات تأخذ حكم الوصية.

و قد ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه الوصية تنفذ في حدود ثلث تركتها بعد سداد الديون، ولا تصح الزيادة على ثلث إلا بإجازة الورثة و إذن لا يكون للزوج الذي خالعها إلا ما يخرج من الثلـث، فإذا كان ما يرثه الزوج منها النصف بأن ماتت دون ولد، و كانت و فاتها في العدة فإن الـزوج إنمـا يستحق بدل الخلع في حدود الثلث، أما إذا كان ميراثه منها الربع بأن ماتت عن ولد و كانت وفاتها في العدة فيجب ألا يزيد بدل الخلع على مقدار ميراثه منها، و هو الربع و ذلك دفعا لتهمة أنها إنما خالعته في مرض موتها لتزيده على ما يستحق من التركة بالميراث.

أما إذا كانت وفاتها بعد انتهاء العدة, فإن الزوج يستحق البدل في حدود الثلث دون النظر إلى مقدار ما يرثه منها, لأن سبب الإرث قد زال بانقطاع صلة الزوجية انقطاعا تاما.

---

[56] قرار رقم 179696 مؤرخ في 17مارس 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور بالمجلة القضائية عدد خاص "أحوال شخصية" لسنة 2001 ص98

[57] الإمام محمد أبو زهرة -الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص327

[58] الإمام محمد أبو زهرة – أحكام التركات والمواريث المرجع السابق ص129

أما إذا برئت فإنه يستحق بدل الخلع بالغا ما بلغ دون تقيد بالثلث، لأنه قد ظهر أن الخلع قـد تم في حال الصحة [59]

<u>ثانيا</u>:التصرفات الغير متعلقة بقضاء حاجات المريض الأصلية

قد يبرم المريض تصرفات لا تمت بصلة بقضاء حوائجه الأصلية، و مع ذلك لا تكون محلا للإعتراض و النقض, و حسب المذهب الحنفي هذه التصرفات تقع على الأعيان كما تقع على المنافع و الأرباح.

فبالنسبة للتصرفات الواقعة على الأعيان (رقبة ومنفعة) و لم يكن فيها محاباة و كان تصرف المريض مع غير وارث كالبيع بمثل قيمته فصاعدا، فإن تصرفه هذا يقع صحيحا و يكون نافـذا فـي حياته و ليس للدائنين أو الورثة حق إبطاله بعد موته لأنه لا يمس حقا من حقوقهم و لا تهمة فيـه، و لأن حق الغرماء أو الورثة تعلق بالمالية لا بالصورة, و المالية باقية في المبايعة بمثـل القيمـة و إن فاتت الصورة، فلم يكن في إنشاء ذلك إبطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محـل يعدله و للبدل حكم المبدل[60]

أما إذا كان تصرف المريض مع وارث و بمثل القيمة فإن تصرفه كذلك يكون صحيحا ونافذا على ما ذهب إليه أبو يوسف و محمد، و لا إعتراض لأحد من بقية الورثة لأن حقهم متعلق بالماليـة، أي بقيمة التركة لا بأعيانها فكان الوارث و الأجنبي في ذلك سواء.

و قال أبو حنيفة:" إذا تصرف المريض مع أحد ورثته كان لباقيهم أن يطلبوا إبطاله ولو كان بثمن المثل، لأن حق الورثة في مال مورثهم تارة يتعلق بماليتها و تارة يتعلق بذاتها، فإن كان تصرف المريض مع غير وارث كان تعلق حقهم بالمالية، و إن كان تصرفه مع الوارث تعلـق حقهـم بعـين التركة، فلا يؤثر أحد بشيء منها و لو بالبيع له بمثل القيمة، لأن الإيثار كما يكـون بالعطـاء بغيـر عوض، يكون لما يختار له من الأعيان و لو كان بمثل القيمة."[61]

---

[59] محمد الزفزاف: تصرفات المريض الموت – محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق - القاهرة 1986

[60] محمد فراج حسين – المرجع السابق ص 261

[61] محمد فراج حسين – المرجع السابق ص 262

و الراجح هو رأي محمد و أبو يوسف، ذلك أن رأي أبي حنيفة مبني على التهمة بالمحاباة و أن حق الورثة يتعلق بأعيان التركة كما يتعلق بماليتها، و حقها لهذا الحق لا يصح البيع لـ وارث و إن كان بمثل قيمته.

هذا فيما يخص التصرفات الواقعة على الأعيان أما التصرفات الواقعة على المنافع كالإجارة و الإعارة, فالمريض يملك أن يؤجر لغيره و أن يعير الأعيان من تركته لغيره، و ليس لورثتـه بعـد موته أن يعودوا على إجارته فينقضوها، و على من أعار له عينا مدة أن يطالبوه بعوض مـا انتفـع، وذلك لأن له التصرف المطلق في المنافع، إذ حق الورثة متعلق بأعيان التركة و حق الدائنين متعلـق بقيمة هذه الأعيان, فليس حق واحد من الفريقين متعلقا بالمنافع، فالمنافع خالصة لصاحب الأمـوال، و من جهة ثانية فالمقرر عند أبي حنيفة و أصحابه أن العقود على المنافع تبطـل بمجـرد مـوت أحـد العاقدين[62].

فإذا مات المريض في مرضه، فقد بطلت من تلقاء نفسها, إجاراته و إعاراته، فالعقود علـى المنافع إذا لا تمس حقوق الورثة في أي حال من الأحوال في مذهب الحنفية فلا حاجة إلى إجازتهم, و مثل الإجارة, الإعارة, المزارعة و المساقاة، لأن هذه كلها عقود على المنافع و هي سائغة له لا يتصل بها حجر [63].

أما ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن المنافع أموال و أنها تنتقل بالإرث فإن التصرف فيها يخضع لما يخضع له التصرف في الأعيان.[64]

و بخصوص التصرفات الواردة على الأرباح و التي لا تمس رأس المال كعقدي الـشركة و المضاربة فإذا عقد المريض شركة مع غيره فالعقد صحيح و لو كان فيه غبن عليه بالنسبة للربح، لأن حقوق الورثة و الدائنين تتعلق برؤوس أموال الشركة و لا تتعلـق بأرباحهـا، إذ أرباحهـا كمنافعـة لصاحبها، إلا إذا استعملها أو دخلت ملكيتها في ذمته، ففي هذه الحال تصير جزءا من رؤوس أمـوال التركة و قبل ذلك فهي غيب، و إن عقد الشركة في ذاته لا يضر الورثة في شيء لأنه بمجرد وفاتـه يبطل العقد, لأن عقود الشركات جميعا تتضمن التوكيل, لأنه يكون كل واحد من الشريكين و كيلا عنه و بموت أحدهما ينعزل الحي عن وكالة الميت فيبطل عقد الشركة المتضمنة للوكالة، وعلـى ذلـك إذا ضارب المريض بأن دفع جزءا من مال لغيره ليعمل فيه و يكون الربح بينهما مناصفة مثلا, صـحت

---

[62] خالف أبو حنيفة الأئمة الذين قرروا جميعا أن عقد الإيجار لوارث كعقد البيع لأنه عقد لازم و العقـود اللازمـة لا تبطل بموت أحد العاقدين

[63] الإمام أبو زهرة –الملكية و النظرية العقد –المريع السابق ص 327-328

[64] محمد فراج حسين- المرجع السابق ص 263

المضاربة، وكان الربح مناصفة، ولو كان في ذلك غبن على المريض, لأن ذلك ربح، و لا حق للدائنين أو الورثة في الربح قبل دخوله في ملك المريض.[65]

المطلب الثاني: تصرفات المريض الغير النافذة

بعد استعراض مختلف التصرفات التي لا يرد عليها الحجر إلا بالقيود و في الأحوال التي ذكرناها، نأتي إلى بيان التصرفات المالية الخالصة التي تمس رأس مال التركة بالنقص, فتلك هي موضع الحجر و موضع المنع بالقدر الذي لا يضار معه دائن و لا وارث و لا يصادم أهلية المريض من حيث ثبوت أصلها, فهو يثبت بمقدار ما يدفع الضرر عمن يحتمل أن يناله الضرر, بإعطائه الحق في إجازة التصرف إن كان التصرف يمس حقه, و إن كان لا يمس حقه فهو بمنجاة من رفضه أو إجازته .

ولقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات المريض التي تمس حق الدائنين و الورثة إلى قسمين:

-تصرفات إخبارية تثبت حقوقا مالية و هي جميع إقرارات المريض.

-تصرفات إنشائية تثبت حقوقا مالية لم تكن ثابتة من قبل.

و سنتناول هاته التصرفات في نقطتين:

أولا: التصرفات الإخبارية.

و تتمثل التصرفات الإخبارية للمريض مرض الموت في إقراراته, و إقرار المريض أو الصحيح هو إخبار بحق لغير عليه ، و في الشرع: الإعتراف بالمدعى به هو أقوى الأدلة لإثبات دعوى المدعي عليه [66].

و يندرج في ذلك الإقرار بالمال دينا أو عينا, فالإقرار بالمال إذا أقر المريض أو الصحيح بدين أو عين، فإن إقراره يكون حجة عليه فثبت ما أقر به من تركة قبل قسمتها, و لكن اختلاف الفقهاء في إقرار المريض مرض الموت.

فقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا أقر المريض لآخر فإن إقراره قد يكون لأجنبي و قد يكون لوارث، فإن أقر لأجنبي بعين أو دين، فإقراره صحيح ولو استغرق جميع ماله, و لكنهم يقولون أن هذا

---

[65] محمد فراج حسين- المرجع السابق ص 263

[66] السيد سابق -المجلد الثالث دار الفكر العربي بيروت ص421

استحسانا لأن القياس كان يقضي بأن لا يصح هذا الإقرار إلا في دائرة الثلث, لأنه تبرع كالوصية و تبرع المريض يجب أن يقتصر على الثلث لحديث الرسول صلى ا عليه و سلم:" إن ا قد تصدق عليكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم " و مقتضى هذا الحديث أن ثلثي التركة للورثة, فهي حق لهم، و أن المورث لا يحق له التصرف في أواخر حياته إلا في الثلث الباقي و هذا هو الأصل في تصرفات المريض مرض الموت, فكذلك يكون إقراره, فالعدول عنه يكون إلا عن دليل، وقد استندوا إلى دليل يوجب العدول عن هذا الأصل، أي القياس و هو ما روي عن ابن عمر رضي ا عنهما أنه قال:" إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز, و إن أحاط ذلك بماله, وإن أقر لوارث فغير جائز إلا أن يصدقه الورثة " فيحمل على أنه سمعه من الرسول صلى ا عليه و سلم.

و ذهب المالكية و الشافعية إلى أن إقرار المريض لغير الوارث كإقرار الصحيح، و ينفذ من كل المال كما ذهب الحنفية و دليلهم على ذلك هو ما استدل به الحنيفة.

أما إقرار الشخص حال مرضه بمال لأحد ورثته وأفاق بعد إقراره من ذلك المرض، يكون إقراره معتبرا لأنه لما أفاق من مرضه تحقق أن مرضه لم يكن مرض موت.

و قد ذهب الحنفية إلى أن إقرار المريض لوارث باطل إلا أن يصدقه باقي الورثة و قد سلموا على هذا بما روي أن الرسول صلى ا عليه و سلم قال " لا وصية لوارث و لا إقرار بالدين ".

و قول ابن عمر رضي ا عنه :"إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز و إن أحاط ذلك بماله و إن أقر لوارث فغير جائز إلى أن يصدقه الورثة ", ولكنهم استثنوا من هذا إذا أقر لإمرأته بدين المهر, فإنه يصح إقراره في هذه الحال إلى مهر المثل مع أنها وارثة, لأن هذا الدين لا تهمة فيه, فلا يمنع صحة الإقرار لوارث و إنما كان دينا لا تهمة فيه لأنه معروف السبب, لم يزد على مهر المثل.[67]

و ذهب الملكية إلى أنه يصح و إن مات من ذلك المرض إذا لم يتهم, فإذا أتهم بطل كمن له بنت و ابن عم فإن أقر لإبنته فإنه يبطل، أما إذا أقر لإبن عمه فإنه يقبل لأنه لا يتهم في أنه يقر بالمال إلى ابن عمه دون ابنته.

و عند الشافعي إن كان إقرار المريض لوارث فالراجع عندهم صحة الإقرار لأن المقر انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب و يتوب فيها الفاجر, و الظاهر في مثل هذه الحال أنه لا يقر إلا عن

---

[67] محمد كامل مرسي -الوصية و تصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري و القوانين الأجنبية ص 329

تحقيق و لا يقصد الحرمان, و فيه قول آخر عندهم و هو عدم الصحة, لأنه قد يقصد الحرمان بعـض الورثة و عندهم كذلك أنه إذا أقر في صحته بدين ثم أقر لآخر في مرضه تقاسما و لا يقدم الأول.

و قال أحمد:" لا يجوز إقرار المريض لوارثه مطلقا و احتج بأنه لا يؤمن بعـد المنـع مـن الوصية أن يجعلها إقرارا."(68)

و يقول فقهاء الشريعة الإسلامية أنه يستثني من عدم نفاذ إقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل, الإقرار فيها نافذ و إن لم يصدقه الورثة:

1-إذا كان للوارث وديعة معروفة عند موته، فأقر المريض بأنه استهلك أمانة وارثه المعلومة التي أودعها عنده فيقبل إقراره باستهلاك الوديعة.

2-إذا كان للمورث وديعة عند الوارث، فأقر و هو مريض بأنه قبضها منه، صح إقـراره و إن لم يصدقه الورثة.

3- إذا أقر المريض بقبض ما قبضه الوارث بطريق الوكالة من مدينه، فلو قال أن ابني فلانا قبض دينا من فلان بالوكالة عني و سلمه لي, يكون إقراره معتبرا.(69)

و الوارث الذي لا يصح الإقرار له هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار و كـان وارثـا بالفعل عند الوفاة, فإذا أقر لإمراة لم تكن زوجا له ثم تزوجها نفذ إقراره لعدم قيام سـبب الإرث عنـد الإقرار, و إذا اقر لأخيه و له ابن يحجبه عند الإقرار ثم مات ذلك الابن قبل أبيه فورثه الأخ المقر له, لم ينفذ الإقرار, و قال أحمد ابن حنبل إن الوارث الذي لا يصح الإقرار له هو من كان وارثـا وقـت الإقرار لو مات ساعتها المقر, سواء استمر إرثه إلى الوفاة أم لم يستمر, لان العبرة في ذلك هي فـي صدور الإقرار مصحوبا بالتهمة و لا يكون ذلك إلا إذا تحققت التهمة وقت الإقرار بان كـان وارثـا بالفعل ساعتها, و على ذلك لا ينفذ الإقرار لأخيه إذا كان وارثا له وقت الإقرار ثم جاء له ابن حجبـه من الميراث وقت الموت لأن الإقرار إذا أبطل فللتهمة ووقتها هو وقت صدوره, فيصدر باطلا.(70)

<u>ثانيا</u>: التصرفات الإنشائية

---

(68) السيد السابق – فقه السنة ص 424-425.

(69) محمد كامل مرسى –المريع السابق ص 327 و ما بعدها

(70) محمد كامل مرسى –المريع السابق ص 327 و ما بعدها

يقصد بالتصرفات الإنشائية لمريض مرض الموت تلك التصرفات التي يقصد مـن ورائهـا إنشاء حق لم يكن موجودا من قبل، و هذه التصرفات إما أن تكون معاوضـة أو بغيـر معاوضـة و الأصل في هذه التصرفات أنّها صحيحة في حال إنشائها طالما كان عاقدها بالغا راشدا مع عدم العلـم باتصال الموت بهذا المرض, غير أنها تكون قابلة للفسخ و النقض إذا اتصل الموت بالمرض و ذلـك حماية لصالح الدائنين و الورثة, طالما كان فيها مساس بحقوقهم, و ذلك إذا كانت تؤثر في رأس مـال المريض بالنقصان، كالهبة, و الصدقة, و الوقف, و الوصية و البيع بأقل من ثمن المثل و الشراء بأزيد منه.[71]

فالشريعة الإسلامية تفرق في الوصية بين الإيصاء إلى وارث و الإيصاء إلى غيـر وارث و في الأولى تجعل الوصية معلقا نفاذها على إجازة الورثة أيا كان القدر الموصى به و في الثانية تجعلها نافذة في حق الورثة في حدود ثلث التركة دون إجازة منهم, و فيما يجاوز ذلك بإجـازتهم, و المعـول عليه في تعيين الورثة الذين يملكون الإجازة ثبوت الوراثة لهم وقت وفاة الموصي .

و تعتبر الشريعة الإسلامية الهبات التي تصدر من الشخص في مرض موته في حكم الوصية و تطبق عليها الأحكام المتقدمة, فالهبة تكون وقت إبرامها صحيحة و نافذة و لو صدرت من الواهـب في أثناء مرضه, فإذا شفي الواهب بقيت للهبة صحتها و نفاذها و إلا أصبحت غير نافذة في حق ورثة الواهب الذين تثبت لهم هذه الصفة وقت موته بالقيود التي تقدم ذكرها في شان الوصية .

و في السياق نفسه نلاحظ إنتهاج الإجتهاد القضائي لنفس نهج الشريعة الإسلامية من خـلال بعض القرارات ومنها القرار رقم 197335 الذي جاء بالمبدأ التالي:" من المقرر قانونا أن الهبة فـي مرض الموت و الأمراض المخيفة و الحالات المخيفة تعتبر وصية..."[72]

و في قرار آخر " من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و من ثـم فـإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون..."[73]

---

[71] محمد فراج حسين -المربع السابق ص 263

[72] قرار رقم 197335 مؤرخ بتاريخ 16جوان 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور بالمجلة القـضائية عـدد خاص "أحوال شخصية" لسنة 2001ص281

[73] قرار رقم 219901 مؤرخ بتاريخ 16مارس1999 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور بالمجلة القـضائية عـدد خاص "أحوال شخصية" لسنة 2001ص287

و قد طبقت الشريعة الإسلامية هذه الأحكام على البيع الذي يصدر من الشخص في مـرض موته مع بعض التعديلات البسيطة اقتضتها طبيعة البيع ففرقت بين البيع إلى غير وارث و البيع إلـى وارث.

و في الحالة الأولى اعتبر البيع صحيحا و نافذا إذا تم بثمن المثل أو دونه بقليل, و كـذلك إذا تم بثمن دون المثل بكثير و كان الفرق يخرج من ثلث التركة, أما إذا كان الفرق أكثر من الثلث, كـان للورثة حق مطالبة المشتري بتكملة الثمن بحيث ينقص هذا الفرق إلى ثلث التركة أو يفسخ البيع.

و في الحالة الثانية لا يكون البيع نافذا في حق سائر الورثة إلا إذا أجاوزه, و تكون الإجـازة ضرورية وفقا لمذهب الإمام أبي حنيفة و لو كان البيع بثمن المثل لثبوت حق الورثة جميعا في أعيـان التركة ذاتها.

أما الصاحبان فلا يشترطان الإجازة إلا إذا كان البيع محاباة في الثمن لأنهما يعتبـران حـق الورثة متعلقا بمالية التركة لا بأعيانها [74]

أما الوقف فقد ذهب الحنفية إلى أن المريض إذا وقف أرضا أو بيتا و استوفى الوقف شرائطه فانه ينفذ في الحال لأنه من العقود المنجزة التي تقبل الفسخ.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن المريض إذا وقف على بعض الورثة كان حكـم ذلـك حكـم الوصية، فيلزم لنفاذه إجازة باقي الورثة, فان لم يجيزوا بطل الوقف كلية و إلى ما ذهب مالـك ذهـب إليه الشافعي و دليلهما أن الوقف تبرع كالوصية فيأخذ حكمها, و الوصية لوارث لا تجوز ما لم تجـز الورثة, فالوقف كذلك.[75]

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 96675 حيث جاء في المبدأ:" مـن المقـرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت و يعتبر وصية.."[76]

و أما الإمام احمد فإنه قد روي عنه في هذا روايتان:

الأولى: انه لا يجوز فإن فعل توقف على إجازة الورثة

---

[74] سليمان مر قس- العقود المسماة – المجلد الأول – عقد البيع ص 565.566

[75] محمد الزفراف- المرجع السابق ص 123

[76] قرار رقم 96675 مؤرخ بتاريخ 23نوفمبر1993 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور بالمجلـة القـضائية عـدد خاص "أحوال شخصية" لسنة 2001 ص302

الثانية: انه يجوز أن يقف على الوارث ثلثه كما يقف على الأجانب, لأن الوقف غير الوصية هو أنه لا يباع و لا يورث و إنما ينتفع الورثة بغلته، و هذا ما اختاره أكثر الحنابلة

و الحقيقة أن هذه التصرفات تحكمها قواعد لابد من الرجوع إليها و هذه القواعد هي:

1) هذه التصرفات إن كانت لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة سواء كانت تبرعـا صـرف أم عقد مبادلة فيه محاباة أم مبادلة لا محاباة فيها

2) إذا كانت التركة مستغرقة بالديون و فيها سداد لكل الديون أو لم يكن فحق الدائنين فيها أن تسلم قيمتها لهم, فكل تصرف من المريض لا يمس هذه القيمة فهو نافذ و إن لم يجيزوه و على ذلك لا تنفذ تبرعاته إلا إذا أجاوزها, و كل بيع أو شراء فيه غبن و لو كان يسيرا لهم حق فـسخه إلا إذا زاد المشتري أو أنقص البائع مما يزيل الغبن, لأن حقهم متعلق بالقيمة فيجب أن تسلم لهـم،و إذا بـاع أو اشترى بلا غبن أصلا لم يكن لهم أن ينقضوه لأن حقهم متعلق بالقيمة و المالية و قد سلمت لهـم فـلا وجه لإعتراضهم و لا لنقضهم ما أبرم.

و يلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة، فلا شأن للورثة بالتركة ما دامت مـستغرقة بالدين بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها و كانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمـة و تسليم التركة, و إن كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصـها بقيمتهـا إلا برضـا الدائنين لأن لهم الحق في استفاء ديونهم كاملة و عساهم يبقون العين في أيديهم حتى يستطيعوا بيعهـا في وقت تعلو فيه قيمتها و يكون فيها و فاء لديونهم

3)- إذ لم تكن التركة مستغرقة بالدين بأن لم تكن مدينة أصلا أو كانت مدينـة بـدين غيـر مستغرق.وقد استوفى منها, فمن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمتها بعد الدين, فكل تصرف المـريض سواء كان تبرعا أم مبادلة يمس هذين الثلثين فللورثة منعه حتى لا يمس حقهم في الثلثين.

و على ذلك فكل تبرع لأجنبي سائغ ما دام في حدود الثلث, و كل عقد مبادلة مع أجنبي بيـع أو شراء نافذ من غير حاجة إلى إجازتهم إذا لم تكن فيه محاباة أصلا أو كانت فيه محاباة يتسع لها ثلث التركة فإن كانت تزيد المحاباة عن الثلث, فللورثة الحق في منع التصرف حتى تزول الزيـادة التـي مست الثلثين الذين يجب أن يسلما لهم [77]

---

[77] محمد أبو زهرة – الملكية و نظرية العقد ص 332-333



و في الأخير نخلص إلى نتيجة مؤداها أن الشريعة الإسلامية كانت أكثر حرصا في احتياطها للدائنين و الورثة من أن يمس مرض الموت بتصرفاته حقا من حقوقهم أثناء مرضه، فجعلت لهم حق نقض كل تصرف يمس حقوقهم.

الخاتمة:

عرفنا من خلال موضوعنا أن الشريعة الإسلامية السمحاء كانت هي المصدر الأول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت, ومنها استمد المشرع الجزائري و المصري وغيرهم من المشرعين العرب أحكام مرض الموت, أما غيرهم من المشرعين الغربيين الذين لا يأخذون بأحكام الشريعة الإسلامية وعلى رأسهم المشرع الفرنسي فلم يعرفوا من أحكام مرض الموت سوى الحكم

ببطلان تصرفات هذا الأخير الصادرة لصالح أطبائه و الصيادلة, و فضلا عن ذلك فقد كانت الشريعة الإسلامية أكثر توسعا عن التشريعات العربية الحديثة في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت لذلك كان يتعين الرجوع إليها في كثير من الأحيان لمعرفة ما لم يتناوله المشرع بنص, و هذا اعتراف للشريعة الإسلامية بفضلها كمصدر رسمي للقانون في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تحيل إلى مبادىء الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص.

وما يمكن أن نقوله كخلاصة لهذا البحث أنه طالما حل بالشخص مرض كانت أوصـافه تنبـىء بدنو الأجل فيؤدي إلى عجزه عن القيام بمصالحه المعتادة جزئيا أو كليا سواء ألزمه البيت أو لم يلزمه و تأكد له من خلال شهادات الأطباء و الأعراف أنه من الأمراض الخطيرة التي تنتهـي بـالموت لا محالة, و يموت بالفعل موتا متصلا به, أو مات بسبب آخر غير المرض كالموت غرقا أو خوفا, فـإن جميع تصرفاته التي يبرمها في فترة المرض تأخذ أحكاما تختلف عن أحكام تـصرفات الأصـحاء و السبب في ذلك يرجع إلى تعلق حق الغير و هم الورثة و الدائنين بأموال المريض منذ حلول المـرض به.

و عليه فإن الشريعة الإسلامية و القانون المدني يقضيان بأنه إذا اتخذت تصرفات المريض شكلا من أشكال التبرعات كالهبة, أو إبراء دين أو الإقرار به أو البيع بثمن فيه محاباة بمـا يجـاوز ثلـث التركة, أخذت هذه التصرفات حكم الوصية, و ما دام الأمر كذلك توقف نفاذها على سداد الـديون أولا ثم على إجازة الورثة إذا تجاوزت الوصية ثلث التركة إذا كانت لغير وارث, وإذا كانت لأحد الورثـة توقفت كلها على إجازتهم و ذلك للحيلولة دون إيثار بعضهم على البعض الآخر, وفي المقابـل تبقـى تصرفات المريض الأخرى التي تعد تأييدا لحقيقة ثابتة صحيحة و نافذة لا يجوز الطعن فيهـا كـالبيع بمثل القيمة أي بثمن جدي.

و في الأخير يمكن القول أن جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت إنما جاءت من أجـل حماية حقوق الورثة و الدائنين, وذلك حتى يستوفي الدائنين ديونهم و الورثة حقهم فـي حـدود ثلثـي التركة.

تم بحمد ا و توفيقه

<u>قائمة المراجع</u>

<u>المؤلفات</u>:

1. _ السيد سابق
"فقه السنة" -المجلد الثالث- الأجزاء (14.13.12.المعاملات)- دار الفكر العربي بيروت

2. _ أنور سلطان
"العقود المسماة"- شرح البيع و المقايضة- دار نشر الثقافة مصر الطبعة الثانية سنة **1952**

3. _رمضان أبو السعود
"الوسيط في الحقوق العينية الأصلية" -الجزء الأول -مصدر الحقوق العينية الأصلية في القـانون المدني المصري و اللبناني- الدار الجامعية بيروت 1985

4. _ د. زهدور محمد
"الوصية في القانون المدني و الشريعة الإسلامية" المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر سنة 1991

5. _ سعيد عبد السلام
"الوجيز في العقود المسماة البيع و الإيجار" مطبعة حمادة الحديثة مصر 1992

6. _سليمان مرقس
"العقود المسماة"- المجلد الأول -عقد البيع- الطبعة الرابعة عالم الكتب القاهرة 1980

7. _أحمد عبد الرزاق السنهوري
"الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" -المجلد الرابع -العقود التي تقع على الملكيـة البيـع و المقايضة- القاهرة دار النهضة العربية.

8. _ د.علي علي سليمان
"نظرة عامة حول القانون المدني الجزائري" محاضرات ألقيت بكلية الحقوق بجامعة وهران

9. _الإمام محمد أبو زهرة
   1. "أحكام التركات و المواريث" دار الفكر العربي القاهرة 1987
   2. "الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسـلامية" دار الفكـر العربـي القاهرة

10. _د محمد حسنين

"عقد البيع في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة 1994

11. **_محمد مصطفى شلبي**

"أحكام الوصايا و الأوقاف" بيروت الدار الجامعية للطباعة و النشر طبعة 1982

12. **_ محمد كامل مرسي**

"الوصية و تصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري و القوانين الأجنبية" القاهرة 1950

13. **_ محمد فراج حسن**

"الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية" مؤسسة الثقافة الجامعية الطبعة الأولى

14. **_محمد الزفزاف**

"تصرفات المريض مرض الموت" محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق جامعة القاهرة 1986

15. **_ فتحي حسن مصطفى**

"الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء" منشأة المعارف الإسكندرية 1992

المجلات القضائية:

1. _المجلة القضائة العدد الثالث سنة 1989
2. _ المجلة القضائة العدد الرابع سنة 1991
3. _المجلة القضائة العددالثاني سنة 1996
4. _المجلة القضائة عدد خاص غرفة الأحوال الشخصية سنة 2001

النصوص القانونية:

1. _ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري.

2. _ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري**.**

الفهـــــرس